

# Hoe ga je als curator om met (elektronische) patiëntendossiers in een faillissement?

mr. E. Doornhein en mr. L.J.M. Bruggeman<sup>1</sup>

Gelet op de financiële situatie van zorgorganisaties in Nederland - in 2022 verdubbelde het aantal zorgorganisaties dat in de rode cijfers duikt - is de verwachting dat er meer faillissementen in deze sector zullen volgen.<sup>2</sup> In faillissementen van zorgverleners is vaak sprake van een aanzienlijke hoeveelheid, veelal elektronische, patiëntendossiers. De manier waarop de curator moet omgaan met deze patiëntendossiers roept vragen op. Zo is niet altijd duidelijk op wie tijdens, maar vooral ook na afwikkeling van het faillissement, de bewaarplicht van patiëntendossiers rust: op (de bestuurder van) failliet, de curator, de hulpverlener, de zorgverzekeraar of de patiënt? Ook de wijze waarop patiëntendossiers in faillissement mogen verwerkt, denk aan het verlenen van inzage in een dossier, het vernietigen of overdragen van een dossier, is vaak niet glashelder. In dit artikel proberen de auteurs een antwoord op deze vragen te vinden en bespreken zij waar een curator tegenaan kan lopen in een faillissement waarin sprake is van (elektronische) patiëntendossiers. Zij richten zich specifiek op het faillissementsrecht, privacy- en gegevensbeschermingsrecht en gezondheidsrecht.

Hierna wordt in het eerste hoofdstuk het privacy- en gegevensbeschermingsrecht en de rol van de curator als verwerkingsverantwoordelijke toegelicht. Daarna wordt in hoofdstuk twee ingegaan op de bewaarplicht van patiëntendossiers vanuit het perspectief van het gezondheidsrecht, privacy- en gegevensbeschermingsrecht en faillissementsrecht. In het derde hoofdstuk wordt gekeken naar verschillende gegevensverwerkingen, zoals het verlenen van inzage in een dossier. Hoofdstuk vier gaat over het overdragen van de patiëntendossiers. In hoofdstuk vijf wordt een aantal knelpunten in de praktijk behandeld. Daarin wordt een oproep gedaan voor een (financiële) oplossing voor de gevallen waarin het patiëntenbelang in het geding is, bijvoorbeeld wanneer de middelen in een boedel ontbreken om de patiëntendossiers (digitaal) in de lucht te kunnen houden of wanneer een opvolgend hulpverlener ontbreekt die de bewaarplicht na het faillissement op zich kan nemen.

## 1. Privacy- en gegevensbescherming en de rol van de curator

### 1.1. Het privacy- en gegevensbeschermingsrecht

De Algemene verordening gegevensbescherming ("AVG") is sinds 25 mei 2018 in de gehele Europese Unie van toepassing.<sup>3</sup> De AVG heeft directe werking en geldt in bijna alle situaties waarin persoonsgegevens worden verwerkt. Zo is de AVG ook van toepassing op de verwerking van fysieke patiëntendossiers (voor zover deze volgens specifieke criteria zijn gestructureerd) en elektronische dossiers.<sup>4</sup> Kenmerkend voor patiëntendossiers is dat deze dossiers niet alleen "gewone" persoonsgegevens bevatten, zoals naam, adres, e-mailadres en telefoonnummer, maar ook een heleboel "bijzondere" persoonsgegevens, waaronder gezondheidsgegevens.<sup>5</sup> Dat betekent dat voor elke verwerkingshandeling, dus bijvoorbeeld voor het verzamelen, opslaan, raadplegen,

1. Els Doornhein is advocaat bij De Vos & Partners Advocaten te Amsterdam. Zij is als curator betrokken geweest bij een aantal faillissementen in de zorg. Lisanne Bruggeman is advocaat bij Ploum te Rotterdam.
2. 'Aantal zorgorganisaties in de rode cijfers is verdubbeld, vooruitzichten voor komende jaren zijn nog somberder', *De Volkskrant* 5 september 2023, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/aantal-zorgorganisaties-in-de-rode-cijfers-is-verdubbeld-vooruitzichten-voor-komende-jaren-zijn-nog-somberder-b15349f2/#>

3. Art. 99 lid 2 AVG.

4. De AVG is van toepassing op persoonsgegevens die geheel of gedeeltelijk op geautomatiseerde wijze worden verwerkt. Daarnaast geldt de AVG ook voor persoonsgegevens die in een fysiek "bestand" zijn opgenomen of bestemd zijn daarin te worden opgenomen (art. 2 lid 1 AVG). Van een "bestand" is sprake als de persoonsgegevens volgens specifieke criteria zijn gestructureerd (art. 4 lid 6, zie ook ov. 15 AVG). De AVG geldt *niet* voor de gegevens van overleden personen (ov. 27 AVG).

5. Patiëntendossiers bevatten veelal gezondheidsgegevens en eventueel genetische gegevens, maar kunnen ook gegevens bevatten over seksueel gedrag of seksuele gerichtheid, ras of etnische afkomst en religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen. Deze categorieën van persoonsgegevens kwalificeren als "bijzondere" gegevens in de zin van art. 9 lid 1 AVG.

bijwerken, verstrekken en ook het vernietigen van een patiëntendossier, niet alleen een grondslag zoals genoemd in artikel 6 lid 1 AVG nodig is, maar ook een van de in artikel 9 lid 2 AVG genoemde uitzonderingsgronden op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken.<sup>6</sup> Daarnaast is voor verwerking van het burgerservicenummer van de patiënt een aparte wettelijke grondslag nodig.<sup>7</sup> Verder vereist de AVG onder meer dat een aantal basisprincipes, zoals transparantie, doelbinding, data-minimalisatie, juistheid en een passende beveiliging van gegevens, in acht worden genomen.<sup>8</sup>

Aanvullingen op of uitzonderingen van de AVG worden hoofdzakelijk geregeld in de Uitvoeringswet algemene verordening gegevensbescherming ("UAVG"). Specifieke regels met betrekking tot de verwerking van patiëntendossiers zijn onder andere te vinden in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst ("WGBO") als opgenomen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ("BW"), de Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens in de zorg ("Wabvpz") en de sinds 1 juli 2023 geldende Wet elektronische gegevensuitwisseling in de zorg ("Wegiz").<sup>9</sup> De Wegiz ziet op de (verplichte) elektronische uitwisseling van gegevens tussen zorgaanbieders en zal in dit artikel niet verder besproken worden. Ook de Jeugdwet, die ziet op jeugdhulpverlening, zal in dit artikel niet aan bod komen.

## 1.2. De curator als verwerkingsverantwoordelijke

Onder de AVG is de zogeheten "verwerkingsverantwoordelijke" verantwoordelijk voor de naleving van de AVG.<sup>10</sup> De verwerkingsverantwoordelijke is degene die het doel en de middelen van een verwerking van persoonsgegevens vaststelt.<sup>11</sup> De Autoriteit Persoonsgegevens ("AP"), de Nederlandse toezichthouder op het gebied van het privacy- en gegevensbeschermingsrecht, stelt zich op het standpunt dat de curator in een faillissement, al dan niet gezamenlijk, als verwerkingsverantwoordelijke moet worden aangemerkt.<sup>12</sup> Ook de wetgever gaat er in de memorie van toelichting bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming vanuit dat de curator

gedurende het faillissement de verwerkingsverantwoordelijke is.<sup>13</sup>

Er is een voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming aanhangig waarin een nieuw artikel 68a Faillissementswet ("Fw") curatoren specifieke grondslagen biedt voor de verwerking van persoonsgegevens in faillissement, voor zover dit bij of krachtens de wet noodzakelijk is voor het beheer en de vereffening van de bedoel.<sup>14</sup> Hierbij kan worden gedacht aan alle verwerkingen die noodzakelijk zijn om de taak als curator goed te kunnen uitvoeren, zoals verwerkingen in het kader van de voortzetting van het bedrijf, het opstellen van faillissementsverslagen, het bewaren van bescheiden en ook in het kader van het oorzakenonderzoek. Met betrekking tot bepaalde verwerkingen biedt het wetsvoorstel een grondslag voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens en strafrechtelijke gegevens door de curator.<sup>15</sup>

## 2. De bewaarplicht van patiëntendossiers

### 2.1. Vóór faillissement

#### 2.1.1. Vanuit gezondheidsrechtelijk oogpunt

Een hulpverlener die een patiënt behandelt, heeft op grond van de WGBO de verplichting een patiëntendossier in te richten.<sup>16</sup> De hulpverlener moet dit patiëntendossier in beginsel gedurende twintig jaar bewaren, of zoveel langer als redelijkerwijs uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit. Deze twintig jaar begint te lopen vanaf het tijdstip waarop de laatste wijziging in het dossier plaatsvindt.<sup>17</sup> De hulpverlener is degene die de behandelingsovereenkomst met de patiënt aangaat,<sup>18</sup> meestal is dat degene die de zorg verleent of de zorginstelling.<sup>19</sup>

6. De uitzonderingsgronden van art. 9 lid 2 AVG zijn nader uitgewerkt in par. 3.1 UAVG.

7. Art. 87 AVG en 46 UAVG. Voor de vermelding van het burgerservicenummer in een patiëntendossier kan een beroep worden gedaan op art. 4 en 8 lid 1 Wabvpz.

8. Art. 5 lid 1 AVG.

9. Zie tevens het Besluit elektronische gegevensverwerking door zorgaanbieders en het Besluit gebruik Burgerservicenummer in de zorg.

10. Art. 5 lid 2 AVG.

11. Art. 4 lid 7.

12. Zie de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief\_aan\_insolad.pdf, p. 3-4.

13. MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 36. Zie voor een aantal kanttekeningen bij de rol van de curator als verwerkingsverantwoordelijke: G.J. Zwenne en J. Van Vlijmen, 'Drie vragen over de toepassing van de AVG in faillissementen', 2021, [https://zwenneblog.weblog.leidenuniv.nl/files/2021/02/2021.02.05\\_GJZ-JV\\_Drie\\_vragen\\_AVG-failliss\\_PenI2021\\_2.pdf](https://zwenneblog.weblog.leidenuniv.nl/files/2021/02/2021.02.05_GJZ-JV_Drie_vragen_AVG-failliss_PenI2021_2.pdf), p. 4-10.

14. Als bedoeld in art. 68 Fw.

15. Art. 68a lid 1-3 Fw van het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-0c3e5483aea27ed2f5c2305f81d59e8d95dbd216/pdf> en MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 38-43.

16. Art. 7:454 lid 1 BW.

17. Art. 7:454 lid 3 BW. Zie ook art. 7:455 BW. Tot 1 januari 2020 was de bewaartermijn vijftien jaar.

18. Art. 7:446 lid 1 BW.

19. De behandelingsovereenkomst wordt aangegaan met een persoon als hulpverlener, wanneer deze persoon zijn praktijk zelfstandig uitoefent en dus niet in dienst is van een (rechts)persoon. Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3 (*MvT*), p. 26-27. Zie ook rb. Midden-Nederland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1107, r.o. 3.3.

### 2.1.2. Vanuit privacyrechtelijk oogpunt

Degene die verantwoordelijk is voor de verwerking van het (elektronische) patiëntendossier onder de AVG is zoals gezegd degene die het doel en de midelen van die verwerking vaststelt.<sup>20</sup> Dit zal in principe de hulpverlener zijn die de behandelingsovereenkomst met de patiënt aangaat. De hulpverlener is in dat geval verantwoordelijk voor het naleven van de vereisten van de AVG. Tot zover sluit dat aan bij de verplichting van de hulpverlener om voor elke patiënt een dossier in te richten en te bewaren.

## 2.2. In faillissement

### 2.2.1. Vanuit gezondheidsrechtelijk oogpunt

De WGBO kent geen regelingen voor (de bewaarplicht van) patiëntendossiers wanneer de hulpverlener failliet gaat. Wel is in de memorie van toelichting bij de wijziging van de WGBO aangegeven dat de bewaarplicht van de hulpverlener naar aard en strekking niet gekoppeld is aan de status van hulpverlener.<sup>21</sup> Dat betekent volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming dat de bewaarverplichting blijft gelden in geval van faillissement (alook in geval van pensionering of overlijden), en dat het de verantwoordelijkheid van de hulpverlener is dat de dossiers gedurende de bewaartermijn worden bewaard en beheerd.<sup>22</sup> In de (faillissementen)praktijk stuit dat nogal eens op problemen, in het bijzonder wanneer deze hulpverlener niet een natuurlijk persoon is, maar een rechtspersoon.<sup>23</sup> Zo kan het (en zal het vaak ook) gebeuren dat de dossiers in (de digitale) handen van de curator belanden.<sup>24</sup>

### 2.2.2. Vanuit faillissementsrechtelijk oogpunt

In geval van een faillissement is de curator op grond van de Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.<sup>25</sup> De curator dient voor de bewaring van de boedel te zorgen. In dat kader neemt de curator onmiddellijk na de aanvaarding van zijn rol bescheiden en gegevensdragers in beslag.<sup>26</sup> In

sommige gevallen krijgt de curator bij een faillissement ook de beschikking over (elektronische) patiëntendossiers.<sup>27</sup> Volgens het hof Arnhem-Leeuwarden was het - in een faillissement waarin geen andere hulpverleners in beeld waren - de taak van de curator om de patiëntendossiers te bewaren en zo nodig een overdracht aan een opvolgend hulpverlener te realiseren.<sup>28</sup>

### 2.2.3. Vanuit privacyrechtelijk oogpunt

Zoals hiervoor opgemerkt, wordt aangenomen dat de curator de verwerkingsverantwoordelijke is in een faillissement.<sup>29</sup> Meer concreet betekent deze verantwoordelijkheid dat de curator voor de verwerking van persoonsgegevens een juridische grondslag nodig heeft, zowel voor de verwerking van gewone als bijzondere persoonsgegevens.<sup>30</sup> De curator dient er verder voor te zorgen dat persoonsgegevens adequaat worden beveiligd.<sup>31</sup> Ook zal de curator passende maatregelen moeten nemen om betrokkenen informatie te verstrekken over de (voorgenomen verdere) verwerking van hun persoonsgegevens en hun rechten.<sup>32</sup> Mogelijk dient de curator zelfs een zogeheten "gegevensbeschermingseffectbeoordeling" uit te voeren in geval van een nieuwe of gewijzigde verwerking.<sup>33</sup> Overigens is de curator niet per definitie ook altijd de verwerker.<sup>34</sup> Op grond van een verwerkersovereenkomst kan de verwerking worden uitgevoerd door een ander.<sup>35</sup>

Het wringt in de praktijk wanneer de curator de verwerkingsverantwoordelijke is voor de persoonsgegevens in een faillissement en te maken krijgt met een hulpverlener die niet (meer) aan zijn verplichting om de patiëntendossiers te bewaren kan voldoen. In hoofdstuk 5 van dit artikel wordt verder op deze situatie ingegaan.

20. Zie par. 1.2.

21. *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3 (*MvT*), p. 7.

22. *MvT* bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 23.

23. Zie ook par. 2.1.1.

24. Zie bijvoorbeeld: 'Curator bepaalt het lot van medische dossiers', *Medisch Contact* 13 maart 2019, <https://www.medischcontact.nl/actueel/laatste-nieuws/artikel/curator-bepaalt-het-lot-van-medische-dossiers>.

25. Art. 68 lid 1 Fw.

26. Art. 92 Fw.

27. *MvT* bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 23.

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, r.o. 4.14.

29. Zie par. 1.2 van dit artikel.

30. Art. 6 en 9 AVG. Zie ook par. 3.1 UAVG.

31. Zie art. 24 lid 1 en 25 lid 1 AVG. Zie de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', [autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief\\_aan\\_insolad.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf), p. 6.

32. Zie art. 12-14 AVG. Zie ook de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', [autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief\\_aan\\_insolad.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf), p. 7 en Article 29 Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en>.

33. Zie art. 35 en ov. 91 AVG en het Besluit lijst verplichte DPIA. Zie ook de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', [autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief\\_aan\\_insolad.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf), p. 7-8.

34. Zie art. 4 lid 8 AVG.

35. Zie specifiek met betrekking tot patiëntendossiers rb. Midden-Nederland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1107, r.o. 3.7.

## 2.3. Ná faillissement

### 2.3.1. Vanuit gezondheidsrechtelijk oogpunt

De WGBO kent geen regeling voor (de bewaarplicht van) patiëntendossiers ná faillissement. Zoals hiervoor aangegeven,<sup>36</sup> blijft de hulpverlener in geval van faillissement volgens de (toelichting op de) WGBO verantwoordelijk voor de bewaarplicht van dossiers.

### 2.3.2. Vanuit faillissementsrechtelijk oogpunt

In het BW is enkel bepaald dat na ontbinding van een failliete rechtspersoon boeken, bescheiden en andere gegevensdragers door een bewaarder zullen worden bewaard.<sup>37</sup> Curatoren stellen in de regel na beëindiging van een faillissement de bestuurder van een rechtspersoon<sup>38</sup> tot bewaarder aan.

### 2.3.3. Vanuit privacyrechtelijk oogpunt

Na ontbinding van de onderneming kan de verantwoordelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens van de curator verschuiven naar de bewaarder. Deze bewaarder dient er niet alleen voor te zorgen dat gegevens gedurende de bewaartermijn worden bewaard, maar ook dat de vereisten die de AVG stelt gedurende deze termijn worden nageleefd.<sup>39</sup> Specifiek voor patiëntendossiers zal de bewaarplicht in principe bij de hulpverlener blijven, wat tot problemen kan leiden wanneer de hulpverlener een rechtspersoon is die met het einde van het faillissement ophoudt te bestaan.

## 2.4. Tussenconclusie

Buiten faillissement rust de bewaarplicht van patiëntendossiers op de hulpverlener. Ook in geval van faillissement blijft deze bewaarplicht volgens de WGBO op deze hulpverlener rusten. In de faillissementspraktijk komen de dossiers echter geregeld in de (digitale) handen van de curator terecht en zal de curator een (nieuwe) bestemming voor de dossiers moeten vinden.

## 3. Verwerkingen van patiëntendossiers tijdens faillissement

### 3.1. Inzage in patiëntendossiers

#### 3.1.1. Inzagerecht voor patiënten

Het inzagerecht voor patiënten is specifiek vastgelegd in de WGBO en Wabvpz. De hulpverlener (in geval van de WGBO) of zorgaanbieder (in geval van de Wabvpz) verstrekt de patiënt op zijn verzoek inzage in en afschrift van de gegevens uit zijn dossier.<sup>40</sup> De Wabvpz regelt specifiek (kosteloze) inzage op elektronische wijze,<sup>41</sup> en regelt dat ook loggingsinformatie kan worden opgevraagd.<sup>42</sup> De WGBO bepaalt dat inzage achterwege blijft *“voor zover dit noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een ander”*.<sup>43</sup>

Deze bijzondere regels worden aangevuld met de regels van het algemene inzagerecht uit de AVG.<sup>44</sup> Zo bepaalt (ook) de AVG dat het inzagerecht in principe kosteloos is.<sup>45</sup> De AVG biedt wel de ruimte de patiënt een redelijke vergoeding voor *bijkomende* (fysieke) kopieën van patiëntendossiers aan te rekenen op basis van administratieve kosten.<sup>46</sup> Wat een redelijke vergoeding is, is niet wettelijk vastgelegd.

#### 3.1.2. Het inzagerecht: een taak van de curator?

Volgens het hof Arnhem-Leeuwarden is het de taak van de curator om patiëntendossiers te bewaren en zo nodig een overdracht aan een opvolgend hulpverlener te realiseren. In dat kader is het ook aan de curator om *desgevraagd* inzage in en een afschrift van een medisch dossier aan een patiënt of nabestaande van een patiënt te verstrekken. Daarmee wordt volgens het hof het maatschappelijk belang gediend dat ook in een faillissement het verstrekken van de noodzakelijke inzage in en afschrift van medische bescheiden en dossiers is gewaarborgd.<sup>47</sup> De WGBO, die zoals gezegd geen regeling kent voor faillissement, legt - net als de bewaarplicht - de verstrekking van inzage en afschrift neer bij de hulpverlener.<sup>48</sup>

In het geval van een patiëntendossier lijkt het voor de curator lastig om een kopie per post of e-mail te verstrekken, zonder zelf inzage in het dossier te krijgen en dus zonder de geheimhoudingsplicht van de hulpverlener te schenden.<sup>49</sup> Het heeft mede daarom

36. Zie par. 2.2.1.

37. Art. 2:19 lid 1 en 2:24 lid 1 BW.

38. Art. 162 lid 2 Fw.

39. Zie de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp ‘De verwerking van persoonsgegevens in faillissement’, [autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief\\_aan\\_insolad.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf), p. 11.

40. Art. 7:456 BW en art. 15d en 15e Wabvpz.

41. Art. 15d lid 1 en 3 Wabvpz.

42. Art. 15e sub b Wabvpz.

43. Art. 7:456 BW.

44. Art. 15 AVG. Met de komst van de AVG zijn sommige bepalingen omtrent het inzagerecht van patiënten komen te vervallen, zie *Kamerstukken II 2017/18, 34939, nr. 3 (MvT)*, p. 62-63.

45. Art. 12 lid 5 AVG.

46. Art. 15 lid 3 AVG.

47. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, r.o. 4.14.

48. Art. 7:456-7:458b BW.

49. Art. 7:457 lid 1 BW.

niet de voorkeur dat de curator de inzage in een dossier geeft. Mocht er echter geen andere uitweg zijn, dan kan de curator als praktische oplossing de patiënt inzage verlenen op een plaats waar de patiënt zelf een kopie van een fysiek dossier kan maken. Ook is denkbaar dat de patiënt via elektronische weg toegang krijgt tot zijn dossier zonder dat eerst inzage door de curator nodig is.

De patiënt dient binnen een maand geïnformeerd te worden over het gevolg dat aan zijn inzageverzoek wordt gegeven. Die termijn kan indien nodig met twee maanden worden verlengd. De patiënt moet binnen een maand na de ontvangst van zijn verzoek van een eventuele verlenging op de hoogte worden gesteld.<sup>50</sup> Als het inzageverzoek wordt afgewezen, dan dient de patiënt binnen een maand hierover te worden geïnformeerd, inclusief over de reden van de afwijzing. Ook dient de patiënt dan te worden geïnformeerd over de mogelijkheid van het indienen van een klacht bij de AP en het instellen van beroep bij de rechter.<sup>51</sup> De curator kan de patiënt ter bevestiging van zijn identiteit om aanvullende informatie vragen, indien er redenen zijn om aan zijn identiteit te twijfelen.<sup>52</sup>

### 3.2. Andere verwerkingen

Het inzagerecht kan ook worden uitgeoefend door anderen dan de patiënt. In beginsel is daar wel de toestemming van de patiënt voor nodig.<sup>53</sup> In sommige gevallen, bijvoorbeeld als de gegevens uit het dossier nodig zijn ten behoeve van statistiek of wetenschappelijk onderzoek op het gebied van de volksgezondheid, is geen toestemming van de betreffende patiënt nodig, maar zal voordat inzage wordt gegeven een belangenafweging moeten worden gemaakt.<sup>54</sup>

Naast het faciliteren van het hiervoor omschreven inzagerecht is denkbaar dat de curator in de praktijk nog tegen een aantal andere verwerkingen aanloopt. Zo kunnen er in een zorgfaillissement patiënten zijn die bepaalde gegevens in hun dossier gecorrigeerd, toegevoegd of verwijderd willen hebben,<sup>55</sup> of een verzoek tot de vernietiging van hun dossier doen.<sup>56</sup>

### 3.3. Tussenconclusie

Bij de behandeling van een faillissement in de zorgsector moet de curator erop bedacht zijn met verschillende verzoeken van patiënten te maken te kunnen krijgen. De curator moet daarbij rekening houden met de bijzondere regels die gelden voor patiëntendossiers, aangevuld met de algemene bepalingen uit de AVG.

## 4. Overdracht van patiëntendossiers tijdens faillissement

### 4.1. Opvolgend hulpverlener

Wanneer patiëntendossiers in een faillissement in handen van de curator komen, kan het (op grond van de AVG) tot de taak van de curator worden gerekend om patiëntendossiers niet alleen te bewaren maar zo mogelijk een overdracht van deze dossiers aan een opvolgend hulpverlener te realiseren.<sup>57</sup>

Een overdracht van patiëntendossiers zal in de regel in het kader van een doorstart gebeuren, waarbij een opvolgend hulpverlener de activiteiten en zorg voor de patiënten overneemt. In dat kader zal een curator ervoor dienen te zorgen dat in de overeenkomst met de opvolgend hulpverlener waarborgen en voorwaarden voor de voortzetting van de dienstverlening aan de patiënten zijn opgenomen, zodat de patiënt bij de opvolgend hulpverlener in goede handen is.

Een belangrijk onderdeel hiervan is dat de beheeren bewaarverplichting van de patiëntendossiers bij de opvolgend hulpverlener wordt belegd. Het is hierbij belangrijk dat een curator er in een dergelijk geval voor zorgt dat niet alleen de actieve, maar ook de oudere, al afgesloten dossiers (die ook nog onder de bewaarplicht vallen) onder de verantwoordelijkheid van de opvolgend hulpverlener komen te staan.

### 4.2. Overdracht van patiëntendossiers en de AVG

#### 4.2.1. Uitdrukkelijke toestemming

Voordat de curator de patiëntendossiers aan een andere hulpverlener mag overdragen, geldt dat in de regel op grond van de AVG, de voorafgaande en uitdrukkelijke toestemming van de betrokkenen nodig

50. Art. 12 lid 3 AVG.

51. Art. 12 lid 4 AVG.

52. Artikel 12 lid 6 AVG.

53. Art. 7:457 lid 1 BW.

54. Art. 7:458 BW.

55. Zie art. 16 AVG, 7:454 lid 2 BW, 7:455 BW.

56. Art. 7:455 BW. Zie ook art. 17 lid 3 sub c AVG.

57. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, r.o. 4.14.

is.<sup>58</sup> Het verkrijgen van uitdrukkelijke toestemming is verbonden aan strenge eisen. Niet alleen moet de toestemming zelf worden vastgelegd, ook moet kunnen worden aangetoond op basis van welke informatie iemand de toestemming heeft gegeven.<sup>59</sup>

#### 4.2.2. Wetsvoorstel Verzamelwet Gegevensbescherming

Het hiervoor al genoemde voorstel voor een Verzamelwet Gegevensbescherming bevat een aantal aanpassingen van de UAVG.<sup>60</sup> Het wetsvoorstel heeft onder andere betrekking op de voorwaarden waaronder patiëntendossiers aan een andere hulpverlener kunnen worden overgedragen. Mede na consultatie bij de AP en het uitvoeren van een zogenaamde "gegevensbeschermingseffectbeoordeling", is het inmiddels voorstel van wet dat een overdracht van patiëntendossiers aan een andere hulpverlener met het oog op het beheren en het bewaren daarvan mogelijk is, zonder dat voorafgaande toestemming van de patiënt nodig is. In de curatorenpraktijk bestaat hieraan grote behoefte.

Het organiseren en opvolgen van het verkrijgen van uitdrukkelijke toestemming voor de overdracht van patiëntendossiers aan een andere hulpverlener vraagt niet alleen de tijd en inzet van de curator, maar ook die van derde partijen die bij een dergelijke overdracht vereist zijn. In het geval van elektronische patiëntendossiers zal een IT-expert vereist zijn om een geautomatiseerde procedure te organiseren. Niet elke boedel bevat de hiervoor vereiste middelen.

Een andere situatie waarin het vragen van uitdrukkelijke toestemming aan patiënten niet altijd haalbaar is, is wanneer de actuele adresgegevens van de patiënten niet te achterhalen zijn. Bijvoorbeeld in de situatie dat er sprake is van hele oude adresgegevens, waardoor ook nog eens het risico bestaat dat medische gegevens naar een verkeerde persoon gestuurd worden.<sup>61</sup>

58. De elektronische patiëntendossiers kunnen mogelijk worden verwerkt op grond van art. 6 lid 1 sub c (wettelijke plicht), sub d (vitale belangen van de betrokkene) óf sub e (uitoefening taak van algemeen belang door de curator), én art. 9 lid 2 sub a (uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene) óf art. 9 lid 2 sub c (vitale belangen van de betrokkene) AVG. Er kan enkel worden verwerkt op grond van art. 9 lid 2 sub c (vitale belangen van de betrokkene) AVG als de betrokkene fysiek of juridisch niet in staat is zijn toestemming te geven (art. 22 lid 2 sub b UAVG). Anders is de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene vereist (art. 22 lid 2 sub a UAVG jo. 9 lid 2 sub a AVG).

59. Zie EDPB Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_nl.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_nl.pdf).

60. Voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-0c3e5483aea27ed2f5c2305f81d59e8d95dbd216/pdf>.

61. Zie MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 27.

In het geval van papieren dossiers kan het door de curator in de dossiers zoeken naar de NAW-gegevens al snel de vertrouwelijkheid van een patiëntendossier en het medisch beroepsgeheim schenden. Nog los van het feit dat ook het raadplegen van een patiëntendossier met daarin bijzondere persoonsgegevens een verwerking in de zin van de AVG is, waarvoor de curator op grond van het huidige recht geen juridische grondslag heeft.

Onder het wetsvoorstel wordt de mogelijkheid van de curator om dossiers over te dragen gezien als de uitoefening van een taak van algemeen belang die de curator op grond van de Faillissementswet uitvoert. Bij het niet langer verplicht stellen van de voorafgaande uitdrukkelijke toestemming van betrokkenen is in overweging genomen dat het risico dat een dossier tegen de wil van een patiënt wordt overgedragen kan worden voorkomen door:

*"[...] in het wetsvoorstel te bepalen dat tijdig zo breed mogelijke kenbaarheid moet worden gegeven aan de overdracht. Dit kan bijvoorbeeld door berichtgeving middels verschillende kanalen (zoals door huisartsen in de omgeving van de hulpverlener van wie de verantwoordelijkheid voor het beheren en bewaren van het medisch dossier is overgenomen). Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld om te borgen dat de patiënt tijdig weet van de overdracht en zijn rechten kan uitoefenen."<sup>62</sup>*

Niet in elk faillissement zal het eenvoudig zijn om aan deze informatieverplichting te voldoen, zeker niet wanneer informatie en assistentie van de bestuurder of hulpverlener ontbreekt, dan wel de boedel onvoldoende middelen bevat om passende communicatie te organiseren. De curator zal er dan goed aan doen deze informatieverplichting in het geval van een doorstart, zoveel mogelijk bij de opvolgend hulpverlener neer te leggen.

#### 4.2.3. Overdracht van patiëntendossiers

Een curator die op grond van het huidige recht een overdracht van patiëntendossiers wil verzorgen, kan ondanks dat een wetswijziging in het zicht is, de regels van het privacy- en gegevensbeschermingsrecht overtreden.

Het is verstandig dat een curator totdat de wetswijziging een feit is, aan de hand van de specifieke omstandigheden in een faillissement de beste route voorwaarts kiest, en daarbij zoveel mogelijk anticipeert op de aankomende wetgeving. Welke keuze er hierbij ook wordt gemaakt, goede en heldere communicatie over het hoe en waarom van de doorstart of van de overdracht van de patiëntendossiers

62. MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 24.

aan een derde hulpverlener is uiteraard van wezenlijk belang. Hoe duidelijker kan worden uiteengezet dat het belang van de betreffende patiënt (hiermee) wordt gediend, des te kleiner de kans dat de overdracht op bezwaren stuit.

## 5. Problemen in de praktijk

### 5.1. De kosten van het toegankelijk houden van de patiëntendossiers

Tijdens het faillissement kan de curator te maken krijgen met verschillende verzoeken van (oud-)patiënten die door de curator in behandeling dienen te worden genomen. In het geval er sprake is van elektronisch bewaarde patiëntendossiers is van belang dat de patiëntendossiers tijdens het faillissement "in de lucht" blijven en ook toegankelijk zijn. Tegelijkertijd zullen de partijen waar de patiëntendossiers digitaal zijn ondergebracht de hosting en verdere dienstverlening willen staken wanneer betaling (van achterstallige en/of toekomstige bedragen) gedurende het faillissement uitblijft.

Het is niet altijd een gegeven dat dit soort kosten vanuit de boedel kunnen worden betaald, waardoor het kan voorkomen dat de patiëntendossiers niet langer beschikbaar kunnen worden gehouden. Ook het verzorgen van een drager met daarop een kopie van de patiëntendossiers kost (veel) geld. Om de gegevens in de toekomst te kunnen (laten) benaderen, bijvoorbeeld in het geval dat er een inzageverzoek door een patiënt wordt gedaan, is in de regel een speciaal programma nodig en zijn verschillende (software)licenties vereist. Zolang er geen opvolgend hulpverlener tot overname van de patiëntendossiers bereid blijkt te zijn, lopen deze kosten tijdens het faillissement voortdurend op.

### 5.2. Geen opvolgend hulpverlener

Helaas is er in sommige faillissementen in de zorg geen doorstart mogelijk, omdat de failliet zijn activiteiten al voor de faillissementsdatum heeft gestaakt en er geen activiteiten meer zijn die door een andere hulpverlener kunnen worden overgenomen. Dan kan het zomaar zijn dat een curator, met het einde van het faillissement in zicht, geen nieuwe bestemming voor de patiëntendossiers weet te vinden.

In een ideale wereld bereidt de (bestuurder van de) hulpverlener die een dergelijke situatie voorziet en het patiënten belang in acht neemt, een oplossing voor de op de hulpverlener rustende bewaar- en beheerplicht van de patiëntendossiers voor. Ook de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst ("KNMG") is van mening dat de plicht van een hulpverlener om patiëntendossiers te bewaren ook impliceert dat de hulpverlener tijdig geschikte maatregelen treft om ervoor te zorgen dat deze dossiers correct bewaard blijven op het moment dat de hulpverlener daar zelf niet meer voor

kan zorgen.<sup>63</sup>

Bij het ontbreken van een opvolgend hulpverlener en bewaarder van de patiëntendossiers kan een curator, gelet op zijn taak en het algemeen belang (het belang van de betrokken patiënten), de patiëntendossiers niet negeren en zal hij daarvoor een oplossing moeten zoeken. De gedachte dat de bewaarverplichting die uit hoofde van de WGBO op een hulpverlener rust, voortaan door een curator zou moeten worden overgenomen, is - ook juridisch gezien - onjuist. En bovendien niet acceptabel voor curatoren die daardoor na de opheffing van faillissement in sommige gevallen nog twintig jaar patiëntendossiers zouden moeten bewaren.

### 5.3. Opstelling zorgverzekeraars en het ministerie van VWS: praktijkervaringen

In een van de door het kantoor van deze curator behandelde faillissementen was vanwege het ontbreken van een doorstart van activiteiten, geen opvolgend hulpverlener in beeld die de bewaarplicht van de patiëntendossiers kon overnemen. De bestuurder van de hulpverlener, een rechtspersoon, was zelf niet bereid en in staat om de bewaarplicht van de patiëntendossiers na faillissement op zich te nemen (en de kosten te betalen om de patiëntendossiers gedurende die periode voor (inzage)verzoeken van patiënten, digitaal beschikbaar te houden).

Vanwege deze zorgwekkende situatie is eerst om hulp gevraagd bij de zorgverzekeraars en onderzocht of deze bereid waren tot (financiële) hulp om in ieder geval de kosten voor het in de lucht en toegankelijk houden van de patiëntendossiers gedurende de bewaartermijn te verzorgen. Die bereidheid was er niet, hetgeen te maken zal hebben gehad met het feit dat de zorgverzekeraars in het faillissement een zeer aanzienlijke vordering hadden ingediend vanwege te veel betaalde bedragen.

Vervolgens is het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ("het ministerie van VWS") medege-deeld dat het onmogelijk werd om na faillissement de zorg voor het bewaren van de dossiers te waarborgen, en is gevraagd om assistentie. Hoewel het de verwachting en hoop was dat het ministerie van VWS in dit geval een derde zou aanwijzen, werd de curator op pad gestuurd om te onderzoeken of er in de regio een andere hulpverlener bereid zou kunnen worden gevonden om deze taken vrijwillig op zich te nemen. Geen derde bleek bereid de dossiers (kosteloos) te bewaren. Om "precedentwerking te voorkomen" bleek het ministerie van VWS niet bereid om medewerking te verlenen aan een (financiële) oplossing, waarbij het voor derde hulpverleners wellicht aantrekkelijker zou zijn geweest om de bewaar- en beheerverplichting tegen betaling over te nemen van

63. Kamerstukken II 2017/18, 34994, nr. 3 (MvT), p. 7.

de failliete hulpverlener. Bij de betrokken ambtenaren bestond de vrees dat een dergelijke oplossing een precedent zou kunnen scheppen en ertoe zou kunnen leiden dat bestuurders van zorginstellingen de bewaarverplichting maar op zijn beloop zouden laten.

Uiteindelijk is, op aanwijzing van het ministerie van VWS, de bewaarplicht bij de bestuurder belegd. Deze bestuurder was zelf niet de hulpverlener. Het zou naar onze mening wenselijker zijn geweest als de zorgverzekeraars en het ministerie van VWS, gelet op het maatschappelijk belang en het patiëntenbelang in het bijzonder, in een oplossing voor deze kwestie zou hebben voorzien. Alleen al omdat de bewaarplicht van de dossiers dient te worden uitgeoefend door een hulpverlener die de patiëntendossiers goed kan bewaren en de patiënten die hun rechten willen uitoefenen beter kan begeleiden.

#### 5.4. Oplossingen

Gelet op de in de introductie al genoemde verwachting dat er meer faillissementen in de zorg zullen volgen, is het in het belang van ons allen dat het patiëntenbelang in faillissementen niet in het gedrang komt.

Zoals uit het aangehaalde praktijkvoorbeeld blijkt, kan een curator in een situatie terecht komen waarin er noch bij de zorgverzekeraars, noch bij het ministerie van VWS sprake is van helpende hand om de maatschappelijk zo relevante bewaar- en beheerverplichting onder te brengen bij een geschikte (rechts)persoon. In het aangehaalde faillissement zijn de patiëntendossiers gedurende de zoektocht naar een oplossing uiteindelijk feitelijk op kosten van het kantoor van de curator in de lucht gehouden, omdat de boedel hiervoor geen dekking bood.

Zo zouden in het geval van een lege boedel de kosten van het tijdens faillissement en erna (digitaal) beschikbaar en toegankelijk houden van de patiëntendossiers moeten worden gedragen door de zorgverzekeraars, die immers het patiëntenbelang dienen. Er zou een fonds in het leven kunnen worden geroepen waaraan de zorgverzekeraars allemaal een financiële bijdrage leveren, naar rato van het aantal verzekerden voor wie zij verantwoordelijk zijn.

Wanneer in het geval van een faillissement van een hulpverlener een opvolgend hulpverlener ontbreekt en de bewaarplicht in het gedrang komt, zou het ministerie van VWS in het uiterste geval een partij in de markt moeten kunnen aanwijzen die tegen een door de verantwoordelijke zorgverzekeraar of een door het ministerie van VWS te betalen vergoeding de patiëntendossiers gedurende de wettelijke bewaartermijn bewaart en beheert.

Om misbruik of nonchalance bij het bestuur van een zorginstelling te voorkomen, zou een wettelijke meldplicht in het leven kunnen worden geroepen waarbij verplicht melding moet worden gedaan in

het geval het de verwachting is dat er in een faillissementssituatie geen geld actief beschikbaar is om de patiëntendossiers digitaal te beheren en op termijn te bewaren. Bijvoorbeeld bij een toezichthouder, zoals de Inspectie Gezondheidszorg. Dit is in lijn met de gedachte van de KNMG dat een hulpverlener tijdig geschikte maatregelen moet treffen om ervoor te zorgen dat ook in de toekomst de patiëntendossiers correct bewaard blijven op het moment dat deze hulpverlener voorziet daar zelf niet meer voor te kunnen zorgen. Het niet nakomen van deze verplichting zou dan kunnen worden gekwalificeerd als "onbehoorlijk bestuur", net zoals dat het geval is bij het niet of niet tijdig melden van betalingsonmacht. Hopelijk werkt een dergelijke verplichting preventief. En hebben curatoren van toekomstige faillissementen een zorg minder.